Zur Lehre
vom
Eigenthumserwerb durch Stellvertreter.

Inauguraldissertation
zur
Erlangung der juristischen Doctorwürde
bei
der Juristenfakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen.

Von

RICHARD von STAMMER
aus Leipzig.

Leipzig 1891.
Druck von Louis Seidel.

Zu den praktisch wichtigsten, aber hartnäckigsten Controversen im Civilrecht gehört die Frage, wer Eigenthümer wird, wenn Jemand für einen Anderen eine Sache erwirbt, ohne sich als Vertreter dem Tradenten erkennen zu geben.

Sie gewinnt eine besondere Bedeutung bei dem heutzutage so häufigen Kommissionsgeschäft.

Die Beantwortung dieser Frage macht vor allem eine Feststellung des Begriffs der Tradition nothwendig. Die Tradition ist ein Vertrag zwischen zwei Personen des Inhalts, dass die eine der anderen das Eigenthum an einer bestimmten Sache überträgt.

Zur Wirksamkeit ist erforderlich:

1). Die Fähigkeit des Tradenten zur Eigenthumsübertragung und die Fähigkeit des Empfängers zum Eigenthumserwerb;

2). Nach römischem und gemeinem Recht Uebertragung des Besitzes.

Der auf den Eigenthumsübergang gerichtete Wille hat seinen Grund in einem auf Vermögensübertragung gerichteten Geschäft, z. B. Kauf, Schenkung, Darlehn, sog. causa traditionis.

Es ist eine bekannte Streitfrage, ob der Eigenthumsübergang durch die Giltigkeit der causa traditio-

nis bedingt ist oder nicht. Doch kann hier dies nicht weiter verfolgt werden. [1])

Wie bei jedem Vertrag, so muss bei der Tradition unter den Parteien Willensübereinstimmung über alle wesentlichen Punkte bestehen. Es geht daher kein Eigenthum über, wenn der Wille des Tradenten auf eine andere Sache gerichtet ist als der Wille des Empfängers, was sich leicht zutragen kann, wenn z. B. eine Sache verkauft wird, welche beim Kauf nicht vorliegt. Es geht ferner kein Eigenthum über, wenn z. B. der Tradent die Sache als Geschenk übergiebt, während der Empfänger glaubt, er solle sie nur aufbewahren. — l. 18 § 1 de reb. cred. 12, 1.

Ist zur Wirkung der Tradition auch erforderlich, dass der Tradent gerade denjenigen zum Eigenthümer machen will, für welchen der Empfänger die Sache annimmt? Es kann dies der Empfänger selbst oder ein Dritter sein.

Man muss unterscheiden.

1. Tradent und Empfänger haben in erklärter Weise zwei verschiedene Personen im Sinn, entweder der Tradent will erklärtermassen gerade den Empfänger zum Eigenthümer machen, der Empfänger aber für einen Anderen erwerben oder umgekehrt.

In diesem Fall geht kein Eigenthum über, — l. 37. § 6. de A. R. D. 41, 1 — weder der Empfänger noch der Dritte erwirbt.

Fraglich ist, ob der Tradent auch nur den Besitz verliert? Man muss sagen: jedenfalls nicht durch Tra-

---

[1]) Vgl. die neueste Erörterung von **Strohal** in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Jhering Bd. XXVII S. 335 fg.

dition; denn übereinstimmend erklären Papinianus l. 18 de vi 43, 16 und Ulpianus l. 34 de acqu. vel amitt. poss. 41, 2, dass der Besitzaufgebungswille des Tradenten nur ein bedingter sei, bedingt durch den Besitzerwerb, welchen er tradiren will. Man behauptet zwar, Celsus und Paulus seien anderer Meinung. Allein in dem Fall, welchen Celsus l. 18 § 1 de acqu. vel amitt. poss. 41, 2 behandelt, geht der Besitz verloren, weil der Wahnsinnige die Sache in seine Gewalt genommen, also occupirt hat, und ebenso wird nach Paulus l 1 § 20 eod. die Sache den Händen des Tradenten entrückt und dadurch sein Besitz aufgehoben.

II. Der Tradent hat den Willen, dem Empfänger selbst die Sache zu übereignen, während dieser für einen Anderen erwerben will, ohne dass diese seine Willensrichtung äusserlich heraustritt; z. B. A kauft im Auftrag des B einen Ring vom C ohne diesem zu erklären, dass er den Ring nicht für sich, sondern für B erwerben will.

Es stehen sich hier wesentlich zwei Ansichten gegenüber, von denen die eine am ausführlichsten von Bremer in „Zeitschrift für Civilrecht und Praxis" n. F. XX. 2. p. 25 ff., die andere von Jhering in „Jahrbücher für die Dogmatik" Bd. 1. p. 319 ff. unter der Ueberschrift: „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte" verteten wird.

Jhering unterscheidet, wie dies auch in den Quellen des römischen Rechts anerkannt ist, zwei Möglichkeiten des Besitz- und Eigenthumserwerbs durch Dritte:

a) Die Mittelsperson erwirbt sofort mit dem Empfang der Sache dem Prinzipal Besitz und Eigenthum; — l. 13 pr. de A. R. D.: si procurator rem mihi

emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi i. e. proprietas acquiritur etiam ignoranti. —

b) Die Mittelsperson erwirbt zunächst für sich und überträgt durch einen neuen Akt Besitz und Eigenthum auf den Prinzipal. — l. 59. eod.: res ex mandato meo emta non prius mea fit, quam si mihi tradiderit qui emit. —

Dort handelt die Mittelsperson als Stellvertreter, hier als Ersatzmann[1]). Soll nun, so führt Jhering weiter aus, der Vertretene sofort Besitzer und Eigenthümer werden, so muss der Stellvertreter dem Tradenten namhaft machen, dass er für einen Anderen erwerbe; dass dem Tradenten die Person des Vertretenen unbekannt sei und nicht genannt werde, schade nicht. Es sei also eine **objectiv** hervortretende Mitwissenschaft des Tradenten von der Stellvertretung erforderlich. Wenn die Mittelsperson nicht angäbe, dass sie für einen Anderen abschliesse, so erwerbe sie zunächst Besitz und Eigenthum sich selbst, es sei eine weitere Tradition an den von ihr Vertretenen erforderlich, um diesem Besitz und Eigenthum zu übertragen.

Dieser „Umweg" brauche die Kritik der praktischen Brauchbarkeit durchaus nicht zu scheuen, indem er sich aus verschiedenen Umständen rechtfertige.

So könne

I. Der Ersatzmann mit einem Dritten sehr oft für den von ihm Vertretenen einen vortheilhafteren Vertrag abschliessen als dieser selbst; z. B. er kaufe von jenem Dritten billiger als der Vertretene.

---

1) von Scheurl „Zwischenperson" genannt cf. v. Jhering Jahrb. Bd. II. pag. 19 ff. —

II. Derselbe geniesse sehr oft mehr Credit als der Vertretene und bewirke somit häufig erst das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts.

III. Er habe, wenn Eigenthümer der ihm tradirten Sache, volle Sicherheit für den Ersatz seiner Auslagen, indem er bis zur Befriedigung für dieselben das Eigenthum dem Prinzipal vorenthalten könne.

An der gegentheiligen Ansicht, wonach die Mittelsperson Besitz und Eigenthum der tradirten Sache nicht erwirbt, sondern sofort der dritte Vertretene, hat Jhering auszusetzen:

I. dass durch die Tradition die Person des Eigenthümers sowie die Sicherheit des Eigenthums im höchsten Grade zweifelhaft werde und

II. dass diese Ansicht „den Prinzipal auf Kosten der Mittelsperson in einer Weise bevorzuge, die eben die Mittelsperson selbst abhalten könne, sich der ihr zugemutheten Geschäftsführung zu unterziehen."

Aus diesen Gründen, meint Jhering, sei bei der Tradition im Zweifel anzunehmen, dass die Mittelsperson zunächst sich selbst Besitz und Eigenthum an der im Interesse eines Anderen erworbenen Sache verschaffe.

Bremer macht dagegen geltend, dass gerade in denjenigen Fällen, in welchen es sich um einen auf Erwerb der Sache gerichteten Auftrag handele, Erklärungen einer Mittelsperson, im Namen eines Dritten zu empfangen und in Besitz zu nehmen, im gewöhnlichen Leben durchaus selten vorkämen, da die handelnden Personen ihr Interesse weniger auf das Rechtsverhältniss des Auftrages mit oder ohne Stellvertretung als auf den Erfolg richteten, „dass durch Hilfe des Beauf-

tragten eine Sache in die Gewalt des Auftraggebers gelange." Nun müsse für Stellvertretung die Vermuthung streiten, da Niemand ohne besondere Gründe den Umweg wählen werde, wonach erst die Mittelsperson Besitz erwerbe und denselben später dem Auftraggeber übertrage. Dies müsse daher als Ausnahme gelten. Ob bei Besitzerwerb Stellvertretung oder Geschäftsführung ohne Stellvertretung vorliege, ob insbesondere der Beauftragte animo alieno nomine possidendi oder animo sibi habendi gehandelt habe, dies lasse sich lediglich aus der Beschaffenheit des einzelnen Auftrags und aus den Umständen entnehmen, unter denen er ertheilt und ausgeführt werde, sowie aus dem näheren Verhältniss, in welchem Auftraggeber und Beauftragter stünden, und zwar sei lediglich der übereinstimmende Wille Beider massgebend, nämlich der Wille des Ersteren, durch den Letzteren sofort zur Machtstellung über die Sache zu gelangen und der Wille des Letzteren, die Sache nicht für sich, sondern für jenen zu erwerben.

Seien aber diese Requisite vorhanden, so erwerbe bei der Tradition der Auftraggeber Besitz, und wofern auch die Requisite des Eigenthumserwerbs vorlägen, Eigenthum an der tradirten Sache.

Für die Jheringsche Meinung haben sich von den Theoretikern Pagenstecher [1]) und Windscheid [2]) ausgesprochen. Ersterer sagt: Der Tradent kann nur einen bestimmten Erwerber, z. B. auch den Prinzipal des Empfängers, im Sinn haben. Erklärt nun der Empfänger nicht, dass er für einen Anderen erwerbe, „so schliesst

[1]) Pagenstecher, Eigenthum. Bd. II p. 204 ff.

[2]) Winscheid, Lehrb. des Pandektenrechts, Bd. I. § 155 sub 3 und n. 7 sub 2.

der Geber nothwendig mit dem Empfänger selbst ab, macht ihn zum Herrn."

Was wäre nun die Consequenz hiervon? Es müsste, um das Beispiel von Bremer — l. c. — und Brinz [3]) anzuführen, die Köchin Eigenthümerin der von ihr auf dem Markte gekauften Hühner werden, sofern sie dem Verkäufer nicht erklärt hat, dass sie im Auftrag ihres Dienstherrn handele. Sie ist also, da (?) sie nicht ausgesprochen als Stellvertreterin ihres Herrn gegenüber dem tradirenden Verkäufer gehandelt, Eigenthümerin (?) der Hühner geworden, und es ist nun ihrerseits eine weitere Tradition derselben an ihren Dienstherrn erforderlich, damit er Besitz und Eigenthum an ihnen erlangt; dies aber dürfte gewöhnlich wohl erst dann geschehen, wenn die Hühner gebraten zu Mittag servirt werden.

Dass die These Pagenstechers durch dieses Beispiel ad absurdum geführt werde, giebt er selbst zu, doch will er ihre Aufrechterhaltung dadurch rechtfertigen, dass die Stellung der Dienstboten im deutschen Recht zu analogisiren sei mit der der Sklaven und Hauskinder im römischen Recht, welche Alles, was sie erwarben, ihrem Gewalthaber erwarben.

Doch wie konnte er bei dieser Vergleichung so ganz übersehen, dass die Quelle der Erwerbsnothwendigkeit für den Herrn die Unfähigkeit jener Personen, sich selbst zu erwerben war, — is enim qui in potestate est, nihil suum habere potest — also eine Rechtsanschauung, welche auf unsere Dienstboten durchaus nicht anwendbar ist.

Pagenstechers Beweisführung hat uns auch nicht

---

[3]) Brinz Pand. 1. Aufl. § 55 a. E. cf 2. Aufl. § 140. a. E.

an folgendem, von ihm angeführtem Beispiel, welches Puchta in „kleine civilistische Schriften“ unter No. XXXII p. 562 ff. behandelt, zu überzeugen vermocht: B. erhält von A. Geld, um für ihn Wolle aufzukaufen. B. giebt sich dem Verkäufer und Tradenten gegenüber als Mandatar nicht zu erkennen, sondern führt nur in seinen Büchern den A als Erwerber auf; nun bricht über B Konkurs aus zu einer Zeit, wo noch nicht alle zusammengekaufte Waare an den A geschickt ist. Die Gläubiger bestreiten dem A das Eigenthum der rückständigen Wolle.

Pagenstecher theilt den Standpunkt der Gläubiger und giebt dem A lediglich die actio mandati directa, welche er als Konkursgläubiger verfolgen kann.

Bei diesem Beispiel ist vor allem eine wichtige Bestimmung des römischen Rechts übersehen, welche auch in unserem Handelsgesetzbuch Aufnahme gefunden hat. Es heisst nämlich in l. 1 und l. 2. de instit. act. 14,3: Wer eine nicht seiner Gewalt unterworfene Person als Institor aufgestellt hat, kann die Forderungen, welche der Institor für den Prinzipal erworben hat, nicht gegen die Schuldner geltend machen: **sed non idem** facit circa eum **qui institorem** praeposuit .. vel alienum servum vel **hominem liberum . . . actione deficietur.** Nun fährt aber die Stelle fort: Marcellus autem ait, **debere dari actionem ei** qui institorem praeposuit in eos qui cum eo contraxerint l. 2: eo nomine quo institor contraxit, **si modo aliter rem suam servare non potest.**

In Uebereinstimmung damit sagt Paulus l. 5 de stipulationibus praetoriis 46,5 . . . . Idem est — scil. mihi causa cognita ex ea stipulatione **actio competit** —

cum institor in ea causa esse coepit, ut interposita persona eius dominus mercis **rem amissurus** sit, veluti bonis eius venditis; succurrere enim domino Praetor debet.

Also wenn die Verhältnisse so liegen, dass der Auftraggeber die für ihn erworbene Sache verlieren würde, falls er auf seine Forderung an den Beauftragten beschränkt wäre, so soll dies so behandelt werden, als ob der Erwerb unmittelbar dem Auftraggeber geschehen wäre.

Dieser Fall ist gegeben beim Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Mandatars.

Demselben Gedanken giebt das deutsche Handelsgesetzbuch im art. 368 Ausdruck:

> „Forderungen aus einem Geschäft, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen."
>
> „Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten."

So sagt das Reichoberhandelsgericht im Erkenntniss vom 27. Septbr. 1873 (Entsch. des R. O. H. G. Bd. XI No. 4 p. 12):

> „Hiernach darf der Einkaufskommissionär gegenüber dem Kommittenten sein Eigenthumsrecht am Kommissionsgut nicht geltend machen."

cf. auch Erk. des O. L. G. zu Dresden in Seuff. Arch. Bd. XLIII No. 207 p. 307 ff.; K. O. § 35. —

Aber es soll davon ganz abgesehen werden. Die Behauptung, dass B an den für A eingekauften und

mit dessen Geld bezahlten Sachen Eigenthümer geworden ist, muss bestritten werden.

Dass die Person des Erwerbenden dem Tradenten im Allgemeinen gleichgiltig sein kann, giebt allerdings Pagenstecher bei einem Kauf mit Baarzahlung zu; in dem hier angeführten Beispiel habe jedoch Puchta „**Grund und Sinn der Verkäufer**“ (l. c. p. 205 Zeile 8) verwechselt; ebenso irre derselbe in der Annahme, dass B lediglich detentor sei. B habe nämlich die Waare lediglich (?) wegen seiner Ablieferungspflicht dem A notirt, hätte er sie aber dem Letzteren „als dem Eigenthümer“ notirt, so wäre dies nicht allein ein schlechter (?) Ausdruck, sondern auch ein Rechtsirrthum (??) gewesen; hätte er das Recht gekannt, so würde er seine Notiz richtig gemacht haben. (l. c. p. 205.)

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass derartige Rechtsdeductionen völlig unhaltbar sind.

Um noch ein Beispiel in kurzen Worten anzuführen, welches so schlagend zeigt, dass sich, wenn die Jhering- Pagenstechersche Ansicht richtig wäre, das Volksrechtsbewusstsein direct mit Gelehrtenrechtsbewusstsein in Widerspruch stellen müsste: A beauftragt seinen Kutscher B., auf dem Markt ein paar Pferde zu kaufen und giebt ihm das Geld dazu. B kauft sie, erklärt aber nicht dem Verkäufer C, sie nicht für sich, sondern für A zu erwerben; er, B, wird daher (?) Besitzer und Eigenthümer der Pferde — man möchte dies geradezu eine Octroyirung des Eigenthums an den Kutscher nennen; hat er denn den Willen, für sich dasselbe zu erwerben? Die Gläubiger des B können nun auf dieselben einen Arrest bewirken und A würde ihnen mit der ihm zu Gebote stehenden actio mandati

directa nachstehen. Ja würde der Kutscher bei seiner Rückkehr vom Markt plötzlich sterben, so gehörten die Pferde zu seiner Erbschaft, dem B wäre eine vindicatio versagt und lediglich eine actio personalis gegen die Erben gestattet.

Windscheid tritt — l. c. — in Bezug auf unsere Streitfrage der Jheringschen Ansicht insofern bei, als er behauptet, dass der ausgesprochene Wille des Tradenten dann entscheidend sei, wenn der Empfänger bei der Tradition keinen gegentheiligen Willen an den Tag lege; habe er einen solchen, spreche er ihn aber nicht aus, so komme derselbe auch rechtlich nicht in Betracht. Es werde also in diesem Fall zunächst Besitzer und Eigenthümer der vom Tradenten Genannte; doch könne freilich der Letztere einen Dritten sofort durch das sog. constitutum possessorium zum ferneren Eigenthümer machen. Dies dürfte also z. B. dann der Fall sein, wenn Jemand, nachdem er ein Haus für einen Dritten in dessen Auftrag gekauft hat, in diesem Hause als Miether wohnen bleibt.

Allerdings spricht Windscheid hier nur von dem Fall, wo der Tradent seinen Willen geäussert hat, nicht auch von dem Fall, wo er ihn nicht geäussert hat. Demnach dürfte er in dieser letzteren Hinsicht wohl annehmen, dass der Empfänger sofort für einen Dritten Besitz und Eigenthum erwerben kann. Ebenso ist nicht ausgeschlossen, dass auch Jhering in dieser Beziehung die Ansicht Windscheids theilt, da derselbe in der oben citirten Abhandlung lediglich den Fall behandelt, in welchem der Tradent seinen Willen erklärt, nicht auch denjenigen, in welchem er ihn nicht erklärt hat.

Mit unserer Auffassung, dass der Wille des Em-

pfängers, eine Sache für sich oder einen Dritten zu erwerben, entscheide, steht scheinbar das Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 19. XI. 60 (Seuff. Arch. Bd. XV. No. 100 p 166 ff.) im Widerspruch, dessen Thatbestand folgender ist: W hatte vom Beklagten S, mit dem er in Geschäftsverbindung stand, theils auf vorherige Bestellung theils ohne solche Waaren geschickt erhalten. Ueber den Empfang der ersten Sendung hatte er durch Vollziehung des Koupons der Eisenbahn quittirt und die Fracht bezahlt. Bei Ankunft der zweiten Sendung der Waare, welche er gleichfalls quittirt und bezahlt, hatte er augenscheinlich im Einverständniss des F, eines Gläubigers des S nicht allein diese, sondern auch die erste Sendung dem Kläger zur Verfügung gestellt und beide Sendungen beim Spediteur B deponirt, woselbst sie vom Kläger mit Arrest belegt worden waren.

In den Entscheidungsgründen führt das Oberappellationsgericht aus, dass durch diese Arrestanlegung die **Besitzergreifung** der Waaren seiten des W. **nicht habe rückgängig gemacht werden können.** Dies gelte nicht allein von der ersten, sondern auch von der zweiten Sendung. Es müsse angenommen werden, dass W die letztere in seiner Eigenschaft als Käufer empfangen habe und es sei somit seine Absicht, die Waare nicht für sich zu erwerben, belanglos, weil er sie nicht constatirt habe. — Hieraus ergiebt sich also, dass die vom Erwerber ausgesprochene und bereits durch Besitzergreifung verwirklichte Absicht nicht durch eine gegentheilige, nicht ausgesprochene Absicht desselben aufgehoben werden kann. Man ersieht aber, dass in diesem Fall der Empfänger durch sein Verhalten die

Willensrichtung kund gab, für sich zu erwerben, und dass er sich also einer reservatio mentalis schuldig machte, wenn er hinterher behauptete, dass er diesen Willen nicht besessen habe. Es steht demnach obige Entscheidung mit unserer Auffassung durchaus nicht im Widerspruch.

In wie weit nun überhaupt der Wille des Tradenten, wofern er bei der Tradition nicht auf eine ganz bestimmte Person gerichtet ist, rechtlich in Betracht kommt, hat Bremer a. a. O. unseres Erachtens in überzeugendster Weise klar gelegt.

Die Gegner berufen sich auf l. 13 pr. D. de A. R. D. — si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur etiam ignoranti—indem sie hier eine Willensrichtung des Tradenten ausgedrückt finden. Bremer hat l. c. nachgewiesen, dass diese Voraussetzung nicht zutrifft.

1) Zunächst ist es nicht nothwendig, die Worte „meo nomine" auf den Willen des Tradenten zu beziehen, man kann sie ebensogut mit Puchta (cf. Vorl. Bd. 1. § 148 i. f.) auf den Willen des Procurators beziehen, und hierfür spricht der Umstand, dass im folgenden § 1 auf die Willensrichtung **des Stellvertreters** hingewiesen wird. Daher heisst „eique sit tradita meo nomine" soviel wie: et traditam meo nomine (animo mihi acquirendi) acceperit.

2) Da es gestattet ist, von der gewöhnlichen Interpunktion abzugehen, so kann man sehr wohl die genannte Stelle auch dahin lesen: eique sit tradita: meo nomine dominium pp.

Wenngleich nun hierdurch scheinbar ein Pleonas-

mus erzeugt wird, so ist doch andererseits zu beachten, dass gerade auf die Worte „etiam ignoranti“ ganz besonderes Gewicht gelegt werden soll. Neratius würde somit sagen, dass der Vertreter mit der Tradition das Eigenthum in meinem Namen mir sofort erwirbt, wenngleich ich nicht darum weiss. Es ist also nur vorausgesetzt, dass er als mein Prokurator gehandelt hat.

Was diese Stelle vom Eigenthum sagt, sagt l. 42 § 1 D. de acquir. vel. amitt. poss. XLI, 2. vom Besitz.

3) Wenn man aber auch die l. 13 dahin verstehen wollte, dass der Tradent nicht nur vom Auftrag in Kenntniss gesetzt worden ist, sondern dass er auch die Absicht kund gegeben hat, durch den Prokurator dem Auftraggeber zu tradiren, so ist man, wie Bremer a. a. O. betont, immerhin noch nicht berechtigt, hieraus zu folgern, dass alle hier genannten Umstände nothwendige Voraussetzungen des Besitz- und Eigenthumserwerbs durch den Prokurator bei der Tradition sind. Es kann dies nur durch ein argumentum e contrario gefolgert werden, dessen Anwendung hier jedoch deshalb nicht geboten erscheint, weil Neratius keineswegs einen allgemeinen Rechtssatz aufstellen, sondern nur ein Beispiel — „si“ procurator — dafür anführen will, dass Eigenthum etiam ignoranti durch einen Prokurator erworben wird.

Ebenso bietet die l. 13 D. de don. 39,5 keinen Anhalt dafür, dass die Absicht des Tradenten entscheide und der entgegengesetzte Wille des Empfängers machtlos sei.

Da in der Stelle lediglich von der Schenkung die Rede ist, so erscheint es nicht allein bedenklich, sondern auch völlig unberechtigt, die hier ausgesprochenen Rechtssätze auf alle anderen Geschäfte, auf die Tradi-

tion überhaupt auszudehnen, da bei der Schenkung der Schenkgeber durch **Verminderung** seines eigenen Vermögens einen **bestimmten** Anderen in **dessen** Interesse bereichern will, während bei anderen Veräusserungsgeschäften der Veräussernde im Hinblick auf die **Gegenleistung** meist sein **eigenes** Interesse verfolgt und die Person des **Erwerbenden** ihm mehr oder weniger **gleichgiltig** sein kann.

Es heisst allerdings in § 40 J. de rer. div. II, 1: per traditionen quoque iure naturalires nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam **voluntatem domini** volentis rem suam in alium transferre, **ratam haberi**: et ideo cuiuscunque generis sit corporalis res tradi potest et a domino tradita alienatur; und ebenso in l. 9 § 5 D. de A. R. D.: interdum etiam sine traditione **nuda voluntas** domini sufficit ad rem transferendam; veluti si rem quam commodavi aut locavi aut apud te deposui, vendidero tibi; licet enim ex ea causa non tradiderim, eo tamen quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, **tuam efficio.**

Wenn hier bei den Worten: voluntatem domini — ratam haberi und eo tamen — tuam efficio dem Willen des Tradenten eine Eigenthum übertragende Wirkung beigelegt wird, so dürfte wohl sicherlich nur die Person des Tradenten als Eigenthum aufgebende, nicht die des Empfangenden gemeint sein, weil zum Zustandekommen eines giltigen Eigenthumsübergangs Annahme der Sache nothwendigerweise erforderlich ist. Eine solche thatsächliche Erkennbarkeit der Eigenthumsübertragungsabsicht ist nicht nur heutzutage, sondern war schon nach römischem Recht Vorschrift.

Allerdings ist das Wort traditio, Uebertragung, von der Person des Tradenten genommen; doch ist bekanntlich der Begriff derselben nach den Quellenausdrücken ein viel weiterer, indem er sich z. B. auch erstreckt auf die Wegnahme von fremden Steinen und gefällten Bäumen, wofern der Eigenthümer seinen Consens dazu ertheilt hat. L. 6 D. de don. 39,5 sagt:

qui saxum mihi eximere de suo permisit traditionis causa, statim quum lapis exemtus est, meus fit neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est; plane si mercenarius meus eximit, mihi eximit. Sed si is, qui a me exemerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi iure eximere, si antequam exemerat, me paenituerit, meus lapis durat; si postea, ipsius factum avocare non possum, quasi traditio enim facta videtur, quum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiam si in arbore caesa vel demta acciderit.

Demgemäss ist, wie Bremer sagt, die Tradition von Seiten des Tradenten aus angesehen: „Aufgeben des Eigenthumswillens unter der Voraussetzung, dass ein Anderer durch Besitzerwerb ein neues Eigenthum gründe in Verbindung mit dem vom Anderen vorgenommenen Besitzerwerb," und von Seiten des Erwerbenden aus angesehn: „Besitzerwerb in der Absicht, das Eigenthum zu erlangen unter Zustimmung des bisherigen Eigenthümers."

Wenn Jemand den Willen hat, seine Sache völlig zur Verfügung des Empfängers zu stellen, so ist nicht abzusehen, warum dieser Wille ein Hinderniss dafür sein soll, dass der Empfänger für einen Anderen erwirbt.

Randa betont in seiner Abhandlung „der Besitz

nach römischem Recht“ p. 425 ff. treffend, dass es von dem Willen des Empfängers, nicht des Tradenten abhängig sei, ob er sich oder einem Dritten den Besitz resp. das Eigenthum an einer Sache erwerben will, wenn nur der Tradent gegenüber dem Empfänger seinen Besitz resp. sein Eigenthum zu übertragen beabsichtigt. „In diesem Fall steht aber, wie gesagt, nichts entgegen, dass der Empfänger den Besitz und durch diesen das Eigenthum sofort auch für einen Anderen erwerbe, wenn er dies im Einverständniss mit diesem beabsichtigt.“

Nach Randa hat demnach der Stellvertreter bei der Tradition behufs unmittelbaren Erwerbs für den Prinzipal nicht nothwendig, dem Tradenten zu erklären, er wolle nicht im eigenen, sondern im fremden Namen erwerben. Es bedarf auch nicht erst eines constitutum possessorium, wie Windscheid meint, um den Prinzipal zum Eigenthümer zu machen.

Auch Arndts[1]) äussert sich dahin, dass der Wille des Tradenten auf eine bestimmte Person sehr wohl gerichtet sein **könne**; es brauche dies jedoch durchaus nicht der Fall zu sein und könne somit auch der (stille) Stellvertreter dem Vertretenen sofort das Eigenthum erwerben, wenngleich der Tradent nicht wisse, dass er, der Empfänger, im Auftrag eines Dritten und in wessen Auftrag er handele.

Und Exner:*) „**regelmässig** ist der Traditionswille **nicht bedingt** durch die Rücksicht auf die individuell bestimmte Person des Empfängers, und dann genügt dieser Wille als solcher, um dem Prinzipal des Nehmers — wenn nur die übrigen Voraussetzungen

1.) Lehrb. der Pand. § 145 sub 3 und n. 3.
*) Rechtserwerb durch Tradition p. 139 i. f.

zutreffen — sofort das Eigenthum zu verschaffen, mochte nun der Tradent wissen, dass und für wen der Nehmer als Vertreter fungire oder nicht."

Anders freilich wäre der Fall zu beurtheilen, wenn der Tradent dem Empfänger die Sache übergeben hätte mit dem ausdrücklichen Willen, dass der Empfänger entweder nur sich selbst oder aber nur einem bestimmten Dritten das Eigenthum zuwenden wolle: hier würde allerdings der Empfänger verhindert sein, für einen Anderen Eigenthum zu erwerben. In unserem Fall hingegen hat ja der Tradent nur den ausgesprochenen Willen, die Sache der Willensherrschaft des Empfängers zu unterwerfen; es kann ihm mithin gleichgiltig sein, für wen dieser erwerben will, ob für sich, ob für einen Dritten.

Auch Hauser*) erklärt sich dafür, dass die Willensrichtung des Tradenten, also des Besitzabtretenden auf den dritten Vertretenen für den Fall **unwesentlich** ist, dass ihm bezüglich der Besitzabtretung die Person des Letzteren **gleichgiltig** sei. Dies treffe auch dann zu, wenn zwar die Mittelsperson auf eigenen Namen, aber für fremde Rechnung das Erwerbsgeschäft abgeschlossen habe. In diesem Fall werde es dem Tradentem völlig gleichgiltig sein, ob jene Mittelsperson zunächst für sich Besitz zu erwerben beabsichtige, um ihn sodann dem Dritten abzutreten, oder sofort für den Letzteren. Habe also der Tradent **kein vernünftiges Interesse**, dass gerade nur der Empfänger besitze, so müsse ihm auch die Person des Erwerbers gleichgiltig sein, auch wenn er dem Empfänger für sich tradire und dieser den nichtausgesprochenen Willen

*) Stellvertretung im Besitz p. 19 ff.

habe, den Besitz sofort für einen Dritten zu erwerben. Der Tradent sei in diesem Fall nicht berechtigt, sich darauf zu berufen, „dass er den Besitz nur für den Fall des Erwerbs des Empfängers aufgeben, andernfalls gar nicht aufgeben wollte.“

Bedienen wir uns zum Beweise der Richtigkeit dieser Behauptungen eines Beispiels aus dem alltäglichen Leben: Wenn der A. in den Laden des B. tritt, um eine bestimmte Sache zu kaufen, so wird es gewiss dem B. ganz gleichgiltig sein, ob der A. für sich oder für einen Dritten kauft, wenn er für die überlieferte Sache den geforderten Preis erhält; erhält er aber nicht sofort den Preis von A. bezahlt, so wird dieser allerdings Schuldner des B. und demnach für seine eigene Person obligirt; der B. wird sich also in Bezug auf seine **Forderung** an jenen halten. Sollte dieses Schuldverhältniss nun aber hindern, dass der Auftraggeber sofort Besitz und Eigenthum erlangt, sofern des Vertreters Wille darauf gerichtet ist? Sicherlich nicht!

Hieraus sehen wir, dass die obligatorische Wirkung und die dingliche Wirkung des Geschäfts sehr wohl auseinanderzuhalten sind; dass in beiden Rechtsverhältnissen die Rechtssubjecte sehr wohl verschieden sein können.

Dies scheint Jhering zu übersehen, indem er der Meinung ist, dass derjenige, welcher im eigenen Namen einen Vertrag mit einem Dritten schliesst, nicht allein daraus persönlich berechtigt und verpflichtet wird, sondern auch nur selbst, d. h. im eigenen Namen Besitz und Eigenthum erwerben kann.

Würde nun der Beauftragte mit dem vom Auftraggeber übergebenen und von dem seinigen gesondert

gehaltenen*) Geld eine Sache von einem Dritten kaufen und sofort den Preis zahlen, so ist es geradezu unverständlich, dass er nicht sofort mit der Tradition Besitz und Eigenthum für den Vertretenen erwerben sollte, gleichviel ob der Verkäufer den Auftrag kannte oder nicht. Zweifelsohne kann Jemand als Stellvertreter eines Dritten einen Vertrag abschliessen und aus demselben für sich selbst Besitz und Eigenthum erwerben; z. B. es gestattet der A. dem B. auf seinen Namen und seine Rechnung sich bei dem dem A bekannten B. einen Ring zu kaufen und als Geschenk zu behalten. Hier würde wohl Niemand leugnen, dass B. sofort Besitz und Eigenthum am Ring mit der Tradition des Letzteren erhalten hat. Warum sollte dann umgekehrt dieser Stellvertreter nicht auch Besitz und Eigenthum für einen Dritten Vertretenen erwerben können, wenngleich er den Vertrag, ohne sich als Vertreter erkennen gegeben zu haben, abgeschlossen hat?

Jhering behauptet — l c. p. 319 —, dass die Wirksamkeit des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts für den Prinzipal auf der objectiven Richtung des Geschäfts auf den Prinzipal, auf den Abschluss auf dessen Namen, nicht auf der blos subjectiven Ansicht des Stellvertreters beruht, sodass „eine Abweichung rücksichtlich der Wirkung angedeutet, erklärt und gerechtfertigt wird durch eine Abweichnng in der Form des Abschlusses."

Wir müssen allerdings zugeben, dass eine Absicht, sofern sie nicht geäussert ist, eine rechtliche Wirkung nicht erzeugen kann; es muss also auch der Wille des Stellvertreters, wenn er als solcher handeln will, von ihm kenntlich an den Tag gelegt werden. Aber aus welchen

*) l. 78 D de sol. 46, 3.

Gründen ist denn der Vertreter verpflichtet, das Rechtsverhältniss zwischen ihm und dem Vertretenen gerade dem Tradenten gegenüber zu manifestiren, wenn dieser gar kein Jnteresse an demselben hat?

Auch Meischeider*) hält den von Jhering aufgestellten Satz für irrig. Er betont, dass es unzählige Verträge gäbe, bei denen bezüglich der zu tradirenden Sache der Tradent gar kein Interesse daran habe, wer die Sache erhalten solle, bei denen **objectiv gar nicht hervortrete**, ob sie auf den Namen des Empfängers oder auf den eines Dritten abgeschlossen würden. Hierüber könne der **Wille des Empfängers allein** das in Rede stehende Requisit des Besitzerwerbs durch einen Repräsentanten bilden." Demnach könne der Vertreter, auch wenn er den der Tradition zu Grunde liegenden Vertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, bei Empfangnahme der Sache sofort einen Dritten zum Besitzer derselben machen. Hieran hindere ihn der mit dem Tradenten abgeschlossene Vertrag keineswegs, vielmehr werde er seiten des Tradenten nur in die Lage versetzt, „nach Massgabe des Vertrags zu schalten." Mit einer solchen Willenseinigung sei es aber sehr wohl vereinbar, dass der Empfänger mit der Tradition selbst für einen Anderen Besitz erwerben könne.

Dernburg äussert sich in seinem Lehrbuch der Pandekten I. § 180,2 gleichfalls dahin, dass die Absicht des Vertreters darüber entscheide, ob er Besitz und Eigenthum für sich oder für seinen Prinzipal erwerben wolle und zwar auch in dem Fall, wenn der Vertreter als solcher dem Tradenten gegenüber nicht auftrete;

*) Besitz und Besitzschutz cap. II. p. 273 ff.

es genüge, wenn hierüber die einzelnen Umstände Aufschluss geben.

Aehnlich in seinem Lehrbuch des preussischen Privatrechts Bd. I. § 154 n 2. i. f., indem er sagt: Tradirt der A. die Sache dem B. in der Meinung, dass dieser sie selbst erwerben solle, B. hat jedoch im Einverständniss mit dem C. die Absicht, den Besitz unmittelbar seinem Vollmachtgeber C. zu erwerben, so erlangt dieser sofort den Besitz der tradirten Sache; denn A. hat den Besitz unbedingt aufgegeben, C. ihn durch B. ergriffen. Ein Grund, den Willen des B., auch wenn er dem A. nicht erklärt ist, hier zu ignoriren, existirt nicht.

Jhering zieht ferner die l. 1 § 20 de A. P. 41,2 für sich an. Die Stelle lautet:

> *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere, alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem qui nostro animo accipiunt, futurum ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non hat beat animum possidentis neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.*

Die Worte alieno nomine sollen ein Beweis dafür sein, dass eine Namhaftmachung des Auftraggebers seiten des Beauftragten gegenüber dem Tradenten nothwendig sei, um für den ersteren sofort Besitz und Eigenthum zu erwerben. Aber das Wort nomine bezieht sich lediglich auf den Willen des Vertreters, d. h. auf seinen Willen, für einen Dritten Besitz zu ergreifen, ohne dass der Tradent davon Kunde erhält; also ist das Moment subjectiver, nicht objectiver Natur, folg-

blich raucht der Tradent von der Stellvertretung nichts zu wissen. Auch ist ja die Thätigkeit, durch welche der Besitzerwerb verwirklicht wird, immer, wenn gleich tradirt wird, eine einseitige, die nur ein vom Willen des Besitzergreifenden bestimmtes Verhältniss zu der apprehendirten Sache erzeugt; denn es handelt sich nur darum, ob er den animus sibi oder alieno nomine possidendi hat.

Wenn Jhering in jener Digestenstelle l. 1. § 20 einen Beleg für die Nothwendigkeit der Namhaftmachung des Mündels seiten des Vormunds gegenüber dem Tradenten findet, indem er sonst nicht für den Mündel, sondern zunächst für sich erwirbt, so scheint er den Zusammenhang dieser Stelle mit dem ihr vorhergehenden § 19 nicht berücksichtigt zu haben. Der Sinn ist folgender: Wenn ein Sklave dem Auftrag seines Herrn, für ihn Besitz zu ergreifen, nicht nachkommt, sondern für den Titius Besitz ergreift, so erwirbt der Herr den Besitz nicht.

So verhält es sich aber mit jeder Art von Stellvertretung; eine Verpflichtung der Vertretung zum Besitzerwerb für uns genügt an sich noch nicht; aus gewissen Umständen muss es erhellen, dass die Besitzergreifung cum ea mente geschehen sei, ut operam dumtaxat suam accommodarent, d. h. dass sie uns die Besitzergreifung haben abnehmen wollen. Widrigenfalls, cum suo nomine nacti fuerint possessionem, können sie den Besitz nur für sich erwerben. Die Worte suo nomine und non cum ea mente pp. sind also einander entgegengesetzt, resp. jene finden zugleich ihre Erklärung durch diese.

Wie nun Jhering seine Meinung, dass eine Namhaftmachung nothwendig sei, widrigenfalls der Vertreter selbst Besitz und Eigenthum erwirbt, aus den Quellen entnommen zu haben vermeint, so nimmt er für dieselbe auch, wie bereits Eingangs dieser Abhandlung angeführt, die praktische Brauchbarkeit in Anspruch, während er der entgegengesetzten Ansicht den Vorwurf macht, dass sie einerseits die Person des Eigenthümers unsicher mache und andererseits den Vertretenen auf Kosten des Vertreters „in einer Weise bevorzuge, die eben die Mittelsperson selbst abhalten könne, sich der ihr zugemutheten Geschäftsführung zu unterziehen.“

Was den ersten Punkt anlangt, so sei es gestattet, zunächst das hierauf bezügliche Beispiel kurz anzuführen: Ein Fremder X kauft in einem Ort ein Haus und bewohnt dasselbe. Da ihn Jeder für den Eigenthümer halten muss (?) — wir betrachten selbstverständlich dieses Beispiel nicht vom Standpunkt des deutschen Rechts wegen der erforderlichen Eintragung des Eigenthümers in das Grundbuch, — so geniesst er einen dementsprechenden Credit; nach Jahren macht er Banquerott und es stellt sich heraus, dass X nur Miether des Hauseigenthümers A. war, in dessen Auftrag jener seiner Zeit gehandelt hatte.

Wenn hier die Bewohner des betreffenden Ortes dem X aus dem Grunde allein creditirten, weil sie ihn für den Eigenthümer des Hauses hielten, da er ja dasselbe gekauft habe und auch bewohne, so dürfte dies eine Vermuthung sein, für deren nachtheilige Folgen sie wohl selbst verantwortlich sind. Wie? Wenn der X wirklich das Haus für sich eigenthümlich erworben, aber bald darauf an A. veräussert hätte und zwar

durch das constitutum possessorium, indem er dasselbe sofort miethet, — was ja Windscheid für unbedenklich hält — so läge die Sache für die Sicherheit des Eigenthums nicht besser.

Wollten wir nun auch die Frage, ob Namhaftmachung nothwendig sei, bejahen, so würde uns sofort die zweite Frage entgegentreten, in welcher Weise eine solche Namhaftmachung geltend zu machen sei? Würde einfach die Nennung des Zunamens des Vertretenen genügen oder wäre demselben noch der Vorname hinzuzufügen? Und würde auch dies noch nicht hinreichend sein, müsste man dann vielleicht noch seinen Stand, seine Wohnung u. s. w. u. s. w. genau bezeichnen? Eine derartige Genauigkeit könnte bei der Nothwendigkeit der Namhaftmachung, um Verwechselungen vorzubeugen, besonders in einer grossen Stadt, sehr wohl am Platze sein.

Aber es soll eine derartige Namhaftmachung des Vertretenen gegenüber dem Tradenten noch nicht einmal genügen, es ist ja eine Mitwissenschaft Dritter erforderlich! Wie soll diese nun bewerkstelligt werden? Vielleicht durch Publikation in Zeitungen oder sollten wir etwa gar die Rechtsgrundsätze über den Immobiliarerwerb auch auf den Mobiliarerwerb erstrecken?

Erfordernisse solcher Art müssen, wenn nicht unmögliche, so doch sicherlich höchst umständliche, den gesammten Handel und Verkehr hemmende Consequenzen nach sich ziehen.

Anlangend den zweiten Punkt, so bedient sich Jhering zur Rechtfertigung seiner Behauptung der l. 135 § 2 de V. O. 45,1:

„Seja cavit Lucio Titio quod mandante eo hortos emisset, quum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam; deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret et hortos acciperet.“

Seja, die Mandatarin des Lucius Titius erwirbt allerdings an den von ihr gekauften Gütern zunächst Eigenthum. Dass eine solche **Verabredung** unter den Contrahenten statthaft ist, unterliegt natürlich keinem Zweifel; aber der Grund liegt darin, dass Seja den Kaufpreis vorstreckt. Dagegen ist wohl an keiner Stelle der Pandekten die Behauptung aufgestellt, dass der Mandatar dem Mandanten nicht sofort Eigenthum und Besitz an einer Sache zuwenden könne, wenn er von ihm den Kaufpreis schon erhalten hat.

Wir wollen allerdings zugeben, dass gemäss der erwähnten vertragsmässigen Bestimmung die Stellung des Vertreters eine bei weitem bessere und sicherere ist als in dem Fall, wo er nur auf das ihm zustehende Retentionsrecht angewiesen ist; aber gerade darum, weil zu dieser Wirkung specielle Vereinbarung nothwendig ist, sind durch jene Stelle unsere Behauptungen nicht widerlegt.

Da wir somit auf dem Standpunkt stehen, dass für den Erfolg der Tradition an eine Mittelsperson im Zweifel entscheidend ist, ob diese für sich oder einen Dritten erwerben wollte, so halten wir es noch für geboten, der Frage näher zu treten, in welcher Weise

und durch welche Mittel die Willensrichtung in Bezug auf den Erwerb des Besitzes und Eigenthums zu erkennen sind.

Der zunächst liegende Fall ist natürlich derjenige, wo sich der Vertreter als solchen gegenüber dem Tradenten zu erkennen giebt. Ferner dürfen wir wohl meist Stellvertretung bei solchen Personen annehmen, welche in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältniss stehen z. B. Dienstboten, Handlungsdiener, Lohndiener Tagelöhner, Laufburschen, Dienstmänner etc. etc.

Sehr bestritten, aber praktisch von grosser Wichtigkeit ist der Fall der Einkaufscommission.

Unter einem Kommissionär versteht das Reichshandelsgesetzbuch denjenigen, welcher gewerbemässig im eigenen Namen für fremde Rechnung Handelsgeschäfte abschliesst. art. 360. Die Grundsätze des Handelsgesetzbuchs über das Kommissionsgeschäft finden übrigens auch Anwendung, wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Kommissionsgeschäften besteht, ein einzelnes Handelsgeschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers schliesst, art. 378.

Die herrschende Ansicht geht dahin, dass der Kommissionär Besitz und Eigenthum an den Waaren erhält, welche er auftragsgemäss eingekauft hat. Man folgert so: Der Kommissionär schliesst die Verträge stets im eigenen, nie im fremden Namen ab; denn im letzteren Fall ist er nicht Kommissionär — cf. art. 360 Abs. 3. ib. — Nur er wird durch die Geschäfte, die er mit einem Dritten abschliesst, berechtigt und verpflichtet und es entstehen daraus zwischen dem Auftraggeber, dem Kommittenten, und jenem Dritten keine Rechte

und Pflichten. Abs. 2. l. c. --

So zwingend diese Schlussfolgerung scheint, so erweist sie sich bei näherer Betrachtnng nicht vollkommen stichhaltig.

Schon oben ist bemerkt, dass bei dem Rechtsgeschäft, welches durch eine Mittelsperson im Interesse eines Dritten abgeschlossen wird, die dingliche und die obligatorische Wirkung auseinandergehen können. Das ist auch für die Handlung des Kommissionärs zu behaupten. Es ist wohl denkbar, dass der Kommissionär aus dem Einkaufsgeschäft nur sich zum Gläubiger und Schuldner macht. — H. G. B. art. 360 Abs. 2 -- und gleichwohl Besitz und Eigenthum an den eingekauften Sachen sofort dem Kommittenten erwirbt. Der Artikel 360 Abs. 2 hat nach der ganzen Anlage des Handelsgesetzbuches nur die obligatorischen Wirkungen im Auge; die dinglichen Wirkungen des Kommissionsgeschäfts bestimmen sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht H. G. B. art. 1.

Was nun die dinglichen Wirkungen anlangt, so geht die herrschende Meinung dahin, dass der Kommissionär Besitzer und Eigenthümer der eingekauften Waren werde. Dem gegenüber hat Grünhut in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 3 S. 248 mit Recht geltend gemacht, dass zu unterscheiden sei, ob der Auftrag auf Einkauf einer individuell oder einer blos der Gattung nach bestimmten Sache ging.

Im ersteren Fall ist im Zweifel anzunehmen, dass der Kommissionär dem Kommittenten an den eingekauften Sachen sofort Eigenthum erwirbt. Anders dagegen, wenn der Auftrag auf Einkauf einer nur nach Gattung und Betrag bezeichneten Waare ging; z. B. auf Einkauf von Werthpapieren. Hier pflegt der Kommissio-

när dasjenige, was er für den Kommittenten A und den Kommittenten B. erwirbt, nicht so streng auseinanderzuhalten. Daher kann hier ein Besitz- und Eigenthumsübergang restangenommen werden, wenn der Kommissionär die Species übersandt oder dem Kommittenten individuell, z. B. durch Angabe der Nummern bezeichnet hat. Der Ansicht von Grünhut ist **Dernburg** Preuss. Privatr. Bd. II S. 185 Note 11 beigetreten.

Ausserdem kommen als massgebende Thatsachen in Betracht: das gegenseitige rechtliche Interesse der beiden Betheiligten, das eventuelle grössere oder geringere Vertrauen, grössere oder geringere Specialität des Auftrags bezüglich der vom Vertreter geltend zu machenden Thätigkeit u. s. w. So wird, um für letztere Behauptung noch ein Beispiel anzuführen, der Vormund zweifelsohne Besitz und Eigenthum an einer Sache für sein Mündel mit der Tradition sofort erwerben, sofern sein Wille darauf gerichtet ist; anders natürlich, wenn er erkennbar zunächst für sich hat erwerben wollen. Allerdings kann eine Namhaftmachung des Mündels, wie überhaupt eines jeden Vertretenen vortheilhaft und oft sehr wichtig sein. Dass diese aber als ein Erkenntnissmittel im Allgemeinen durchaus nicht nothwendig ist, oder was dasselbe besagen dürfte, dass eine Mitwissenschaft des Tradenten von der Stellvertretung nicht verlangt wird, glauben wir hinreichend nachgewiesen zu haben.

Hiernach sind wir zu dem Resultat gekommen: es besteht keine allgemeine Präsumtion dafür, dass bei der Tradition von Sachen an eine Mittelsperson Besitz und Eigenthum zunächst auf diese oder sofort auf den Vertretenen übergehe. Es hängt die Wirkung von den

Umständen ab. Insofern ein Interesse des Tradenten nicht zu erkennen ist, dass gerade derjenige Besitz und Eigenthum erlange, welchen er im Auge hat, so entscheidet **die Absicht des Empfängers.**